Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2015–2016

34 537

Wijziging van de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafvordering in verband met de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare telecommunicatiediensten en openbare telecommunicatienetwerken (aanpassing bewaarplicht telecommunicatiegegevens)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT [1]

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 25 januari 2016 en het nader rapport d.d. 7 september 2016, aangeboden aan de Koning door de Minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 9 november 2015, no.2015001958, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, mede namens de Minister van Economische Zaken, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafvordering in verband met de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare telecommunicatiediensten, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt tot aanpassing van de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafvordering naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) van 8 april 2014 in de gevoegde zaken Digital Rights Ireland en Seitlinger[2] en de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag (hierna: voorzieningenrechter) van 11 maart 2015.[3] De regering houdt in het wetsvoorstel vast aan een algemene bewaarplicht van bepaalde telecommunicatiege-

[1] De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

[2] Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 8 april 2014 in de gevoegde zaken C-293/12 (Digital Rights Ireland tegen Ierland) en C-594/12 (Seitlinger, Tschohl e.a. tegen Kärntner Landesregierung).

[3] Uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag van 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498.

kst-34537-4
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2016

gevens[4] van alle burgers, ongeacht de mate van hun betrokkenheid bij ernstige misdrijven en niet gekoppeld aan enige specifieke bedreiging van de openbare veiligheid. Ook de lengte van de bewaartermijnen blijft ongewijzigd. De voorgestelde wijzigingen betreffen onder meer de aanpassing van de verschillende categorieën van te bewaren gegevens, de verplichting tot opslag van de gegevens op het grondgebied van de Europese Unie, de beperking van de bevoegdheid van de officier van justitie tot het vorderen van verkeersgegevens en voorafgaande rechterlijke toetsing door de rechter-commissaris.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden, maar acht aanpassing van het voorstel aangewezen. In het belang van rechtszekerheid adviseert de Afdeling om alle buiten werking gestelde artikelen van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, onder gelijktijdige intrekking van die artikelen en met inachtneming van de aanpassingen die voortvloeien uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, volledig in het wetsvoorstel op te nemen. De Afdeling geeft voorts in overweging om de categorie misdrijven waarvoor opgeslagen gegevens mogen worden opgevraagd, nader te omschrijven. Daarnaast adviseert de Afdeling om een uitzonderingspositie voor professioneel verschoningsgerechtigden in het wetsvoorstel op te nemen en het wetsvoorstel bij de Europese Commissie te notificeren.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 9 november 2015, nr. 2015001958, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 25 januari 2016, nr. W03.15.0387/II, bied ik U hierbij aan.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden, maar acht aanpassing van het voorstel aangewezen. De onderdelen van het wetsvoorstel, waarbij aanpassing naar het oordeel van de Afdeling aan de orde is, komen hieronder nader aan de orde.

1. Inleiding

Op 8 april 2014 heeft het Hof van Justitie richtlijn 2006/24/EG (hierna: de dataretentierichtlijn)[5] in zijn arrest in de gevoegde zaken Digital Rights Ireland en Seitlinger (hierna: het arrest) met terugwerkende kracht ongeldig verklaard. In navolging van dit arrest heeft de voorzieningenrechter de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens buiten werking gesteld.[6] Tegen deze uitspraak is geen hoger beroep ingesteld. Evenmin is een bodemprocedure aanhangig gemaakt. Ook in verschillende andere EU-lidstaten is de implementatiewetgeving van de dataretentierichtlijn ongeldig verklaard.[7]

De Europese Commissie heeft in september 2015 te kennen gegeven niet met een nieuw voorstel voor een Europese dataretentierichtlijn te zullen komen.[8] In de afwezigheid van Europese regels zijn de EU-lidstaten vrij

---

[4] De te bewaren categorieën gegevens zijn vermeld in de bijlage bij artikel 13.2a van de Telecommunicatiewet en betreffen onder meer het nummer van oproeper en opgeroepene, tijd, duur van gesprek en locatie bij begin van de verbinding.

[5] Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 8 april 2014 in de gevoegde zaken C-293/12 (Digital Rights Ireland tegen Ierland) en C-594/12 (Seitlinger, Tschohl e.a. tegen Kärntner Landesregierung).

[6] Uitspraak van de voorzieningenrechter van 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498.

[7] Bijvoorbeeld in Oostenrijk, Slovenië, België, Roemenië en Slowakije.

[8] «European Commission statement of 16 september 2015 on national data retention laws», http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-15–5654_en.htm;

om nationale bewaarplichtregelingen te handhaven of te introduceren. Aangezien het optreden van de EU-lidstaten wel binnen het toepassingsgebied van het recht van de Europese Unie blijft vallen, blijft het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest) van toepassing.[9] *Op grond hiervan moet worden aangenomen dat de in het wetsvoorstel opgenomen bewaarplichtregeling moet voldoen aan het bepaalde in de artikelen 7 en 8 van het Handvest en de door het Hof van Justitie met het oog daarop in het hiervoor genoemde arrest geformuleerde voorwaarden.*

In genoemd arrest heeft het Hof overwogen dat een algemene bewaarplicht een zware inmenging oplevert in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest gewaarborgde fundamentele rechten. Dat geldt ook voor het wetsvoorstel dat immers nog altijd uitgaat van een algemene bewaarplicht. De zwaarte van de inmenging vloeit voort uit het feit dat een algemene bewaarplicht zoals thans voorgesteld aanbieders van telecommunicatiediensten verplicht om van de facto alle Nederlanders, verdacht of onverdacht, verkeers- en locatiegegevens betreffende vaste, mobiele en internettelefonie en internettoegang voor zes of twaalf maanden te bewaren en beschikbaar te houden voor politie en justitie voor het onderzoeken, opsporen en vervolgen van bepaalde misdrijven. Gezien deze omstandigheid zal het wetsvoorstel toereikende waarborgen moeten bevatten om aan de door het Hof van Justitie aan het evenredigheidsbeginsel gestelde grenzen van de artikelen 7 en 8 van het Handvest te voldoen.

Naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie is de vraag gerezen of een algemene bewaarplicht van bepaalde telecommunicatiegegevens van alle burgers, ongeacht de mate van hun betrokkenheid bij ernstige misdrijven en niet gekoppeld aan enige specifieke bedreiging van de openbare veiligheid, als zodanig onevenredig is. In haar Voorlichting heeft de Afdeling aangegeven het arrest zo te begrijpen dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord.[10] *De voorzieningenrechter is in haar uitspraak van 11 maart 2015 uitgegaan van een ander standpunt.*[11] *Gelet hierop en gelet op het feit dat de vraag of een dergelijke algemene bewaarplicht als zodanig verenigbaar is met het recht van de Europese Unie thans ter beantwoording voorligt bij het Hof van Justitie,*[12] *zal de Afdeling hier in dit advies verder niet op in gaan. Indien het Hof van Justitie in deze zaak uitspraak doet voordat dit wetsvoorstel tot wet verheven is en het arrest aanleiding geeft tot wijzigingen van ingrijpende aard, gaat de Afdeling er van uit dat deze wijzigingen eerst aan haar zullen worden voorgelegd.*

1. Inleiding

Mede in het licht van het verzoek om een prejudiciële beslissing gaat de Afdeling advisering niet verder in op de vraag of een algemene bewaarplicht van bepaalde telecommunicatiegegevens van alle burgers,

---

[9] Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 17 juli 2014 over een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie, (W03.14.0161/II/Vo), Kamerstukken II 2014/15, 33 542, bijlage bij nr. 16, blz. 5–8.

[10] Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 17 juli 2014 over een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie, (W03.14.0161/II/Vo), Kamerstukken II 2014/15, 33 542, bijlage bij nr. 16. In deze zin ook H. Hijmans, «De ongeldigverklaring van de Dataretentierichtlijn: een nieuwe stap in de bescherming van de grondrechten door het Hof van Justitie», NTER 2014/7, blz. 249.

[11] Uitspraak van de voorzieningenrechter van 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, punt 3.7. In deze zin ook A. Diesfeldt & F. de Graaf, «Dataretentie: een kwestie van alles of niets?» NJB 2015/12, blz. 743. Zie voorts de conclusies van de JBZ-Raad van de Europese Unie van 3 december 2015 over dataretentie, vergadering nr. 3433.

[12] Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door Kammarrätten i Stockholm (Zweden) op 4 mei 2015, C-203/15, Sverige Tele 2.

ongeacht de mate van hun betrokkenheid bij ernstige misdrijven en niet gekoppeld aan enige specifieke bedreiging van de openbare veiligheid, verenigbaar is met het recht van de Europese Unie.

Naar aanleiding van de door de Afdeling advisering in dit verband uitgesproken verwachting kan worden opgemerkt dat de regering inderdaad voornemens is om, als het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie aanleiding geeft wijziging van het wetsvoorstel van ingrijpende aard, deze wijziging aan de Afdeling advisering voor te leggen.

2. Gevolgen buiten werking stelling Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens

Op 11 maart 2015 heeft de voorzieningenrechter de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, die een wijziging bevat van artikelen in de Telecommunicatiewet en de Wet economische delicten,[13] in zijn geheel buiten werking gesteld.[14] Een buitenwerkingstelling dient volgens de Hoge Raad te worden uitgelegd als «een in algemene termen vervat verbod (...), daartoe strekkend dat de Staat zich – tot een eventuele beslissing in een bodemprocedure, waarbij de beschikkingen verbindend worden geoordeeld – heeft te onthouden van gedragingen die op de werking van die beschikkingen[15] zijn gegrond, met name het uitvoeren of doen uitvoeren daarvan, bijv. door daden van opsporing of strafvervolging».[16] De voorzieningenrechter heeft aan de buitenwerkingstelling geen beperkingen gesteld.[17] Ook is geen hoger beroep ingesteld of een bodemprocedure aanhangig gemaakt.

Het wetsvoorstel gaat er klaarblijkelijk van uit dat met de voorgestelde wijzigingen de buitenwerkingstelling van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens als geheel wordt opgeheven. Van belang is echter dat de voorzieningenrechter op 11 maart 2015 álle artikelen van de genoemde wet buiten werking heeft gesteld. Met het oog daarop wijst de Afdeling erop dat de hierboven aangehaalde rechtspraak van de Hoge Raad over de betekenis van de buitenwerkingstelling ook zo gelezen kan worden dat het rechterlijk verbod om uitvoeringsmaatregelen te nemen op basis van de buiten werking gestelde en door het wetsvoorstel niet opnieuw vastgestelde artikelen van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens nog steeds geldt.

De Afdeling acht mogelijke onduidelijkheid over de betekenis van het wetsvoorstel voor de buitenwerkingstelling van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens ongewenst. Dit geldt zowel voor de artikelen van die wet die in het wetsvoorstel wel worden gewijzigd (maar niet

---

[13] Staatsblad 2009, 333.

[14] Uitspraak van de voorzieningenrechter van 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, punt 3.12 en beslissing.

[15] Met dit begrip werd gedoeld op de in dit arrest aan de orde zijnde Prijzenbeschikkingen die naar de thans gangbare terminologie als algemeen verbindende voorschriften (in casu ministeriële regelingen) hebben te gelden.

[16] Uitspraak van de Hoge Raad van 1 juli 1983, NJ 1984, 360 (LSV), punt 3.4. Zie hierover R.J.B. Schutgens, Onrechtmatige wetgeving (Deventer: Kluwer, 2009), blz. 79–81.

[17] Uitspraak van de voorzieningenrechter van 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, beslissing: «De voorzieningenrechter stelt de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens buiten werking.» Vergelijk met de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag van 3 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BU9921, beslissing: «De voorzieningenrechter gebiedt de Staat de wet «Intrekking van de Wet werk en inkomen kunstenaars» buiten werking te stellen *voor zover* die betrekking heeft op uitkeringsgerechtigden die reeds vóór 1 januari 2012 een WWik-beschikking hebben ontvangen en hun rechten op grond van die beschikking nog niet hebben verbruikt, *totdat* de Staat heeft voorzien in adequaat overgangsrecht;

opnieuw worden vastgesteld) als voor de artikelen die niet worden aangepast. Voorts zijn van belang de algemeen verbindende voorschriften die op grond van de buiten werking gestelde artikelen zijn vastgesteld. De Afdeling wijst er in dit verband op dat ook de buiten werking gestelde artikelen van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens die niet door het wetsvoorstel worden aangepast alsmede de op grond van die artikelen vastgestelde lagere regelgeving, van belang zijn voor het antwoord op de vraag of de Nederlandse wetgeving voldoet aan de eisen van de artikelen 7 en 8 van het Handvest. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om artikel 13.5, derde lid, onder b) Tw (op grond waarvan aanbieders van telecommunicatiediensten er zorg voor dragen dat de gegevens die worden bewaard onverwijld worden vernietigd na afloop van de bewaartermijn), artikel 13.5, vierde lid, Tw (dat een grondslag biedt voor het Besluit beveiliging telecommunicatiegegevens) en de bijlage bij artikel 13.2a Tw (dat de categorieën gegevens die openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten moeten opslaan bevat).

Gelet op het bovenstaande adviseert de Afdeling om, in het belang van de rechtszekerheid, alle buiten werking gestelde artikelen van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, onder gelijktijdige intrekking van die artikelen en met inachtneming van de aanpassingen die voortvloeien uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, volledig in het wetsvoorstel op te nemen.

2. Gevolgen buiten werking stelling Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens

Aan het advies van de Afdeling advisering is gevolg gegeven. Met de intrekking van de door de rechter buitenwerking gestelde artikelen van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens en opneming van die artikelen in het wetsvoorstel wordt mogelijke onduidelijkheid over de betekenis van het wetsvoorstel voor de buitenwerkingstelling van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens voorkomen. De intrekking en opneming is beperkt tot de artikelen van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens die betrekking hebben op de verplichting voor de aanbieders van openbare telecommunicatiediensten en – netwerken tot het bewaren van bepaalde telecommunicatiegegevens ten behoeve van het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige misdrijven.

3. Toegang tot de bewaarde telecommunicatiegegevens

Een van de bezwaren van het Hof van Justitie tegen de dataretentierichtlijn richtte zich op de toegang van de nationale autoriteiten tot de bewaarde gegevens.[18] *Deze toegang zal daarom als gevolg van het arrest van het Hof zo begrensd moeten zijn dat alleen die personen toegang krijgen tot de gegevens voor wie dit strikt noodzakelijk is om ernstige criminaliteit te voorkomen, op te sporen of te vervolgen. Voorts moet hun toegang blijkens het arrest worden onderworpen aan voorafgaande controle door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke administratieve instantie op grond van een gemotiveerd verzoek.*[19]

---

[18] Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 8 april 2014 in de gevoegde zaken C-293/12 (Digital Rights Ireland tegen Ierland) en C-594/12 (Seitlinger, Tschohl e.a. tegen Kärntner Landesregierung), punten 60–62.

[19] Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 17 juli 2014 over een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie, (W03.14.0161/II/Vo), Kamerstukken II 2014/15, 33 542, bijlage bij nr. 16, blz. 11–12.

In het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie oordeelde de voorzieningenrechter dat de misdrijven genoemd in artikel 67, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering (Sv), niet allemaal voldoende ernstig zijn om een inmenging in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest erkende fundamentele rechten te rechtvaardigen. Ook een delict als fietsendiefstal geldt immers als misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is. Het betoog dat in dergelijke gevallen niet lichtvaardig zal worden overgegaan tot het opvragen van gegevens en dat bijvoorbeeld in geval van een fietsendiefstal geen gegevens zullen worden opgevraagd, achtte de voorzieningenrechter niet toereikend. Feit is, aldus de voorzieningenrechter, dat de mogelijkheid daartoe wel bestaat en dat in de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens geen waarborgen zijn opgenomen om de toegang tot de gegevens daadwerkelijk te beperken tot hetgeen strikt noodzakelijk is voor de bestrijding van (enkel) ernstige criminaliteit.[20]

Om aan de bezwaren van het Hof van Justitie en de voorzieningenrechter tegemoet te komen, is de toegang van de officier van justitie tot de bewaarde gegevens in het wetsvoorstel verder beperkt. Op grond van voorgesteld artikel 126n, derde lid, Sv kan de officier van justitie slechts een vordering doen gegevens te verstrekken over een gebruiker van een communicatiedienst en het communicatieverkeer met betrekking tot die gebruiker indien dit wordt gerechtvaardigd door de ernst van het misdrijf in geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv en nadat daarvoor een voorafgaande schriftelijke machtiging is verleend door de rechter-commissaris. Uit de toelichting volgt dat daarbij het vereiste geldt «dat de vordering een misdrijf moet betreffen dat van een zodanige ernst is dat dit in het concrete geval het vorderen van de bewaarde verkeersgegevens rechtvaardigt. Met dit vereiste wordt in de wet geëxpliciteerd dat de vordering moet voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit met betrekking tot de ernst van het delict».[21] *Van de rechter-commissaris wordt verwacht dat hij «de wettelijke voorwaarden voor de vordering, zoals de aard en ernst van de verdenking, de ernst van het strafbare feit waarvoor de gegevens worden gevorderd, de periode waarover de gegevens worden gevorderd en de proportionaliteit en subsidiariteit van de vordering [toetst],» zodat in het concrete geval het vorderen van de bewaarde verkeersgegevens door de officier van justitie kan worden gerechtvaardigd.*[22]

De Afdeling merkt op dat concrete criteria om de ernst van het misdrijf te kunnen bepalen zowel in het wetsvoorstel als in de toelichting ontbreken. Concrete criteria zijn nodig om de rechter-commissaris houvast te bieden bij de beoordeling of met de vordering wordt voldaan aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit met betrekking tot de ernst van het misdrijf. De Afdeling geeft daartoe in overweging om in aanvulling op de voorgestelde toetsing door de rechter-commissaris, de categorie misdrijven waarvoor gegevens mogen worden opgevraagd, in het wetsvoorstel nader te omschrijven. Daarbij zou, als alternatief voor het criterium van artikel 67, eerste lid, Sv, inspiratie kunnen worden gevonden in de categorieën misdrijven die in bijlage II bij de richtlijn betreffende het gebruik van persoonsgegevens van passagiers (PNR) voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken en vervolgen van terroristische misdrijven en ernstige criminaliteit worden genoemd om ernstige

---

[20] Uitspraak van de voorzieningenrechter van 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, punt 3.10; Toelichting, paragraaf 7.

[21] Toelichting, paragraaf 7.

[22] Artikelsgewijze toelichting, Artikel II, Onderdeel A, derde lid; Algemene toelichting, paragraaf 7.

criminaliteit te definiëren.[23] *Door de categorieën misdrijven waarvoor gegevens mogen worden opgevraagd nader te omschrijven, wordt de toegang tot de bewaarde gegevens door middel van concrete criteria overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie verder beperkt. Deze beperking lijkt nauwelijks gevolgen te hebben voor de opsporingspraktijk omdat het ook bij een nadere beperking zal gaan om misdrijven die grotendeels overeenkomen met de voorbeelden uit het rapport van politie en Openbaar Ministerie over het gebruik van historische telecomgegevens ten behoeve van de opsporing van ernstige strafbare feiten.*[24] *Overigens lijkt een dergelijke beperking ook een positief effect te kunnen hebben op de door sommigen gevreesde werkbelasting van de rechter-commissaris,*[25] *aangezien bedoelde beperking de door het wetsvoorstel beoogde beoordeling van de vordering aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit door de rechter-commissaris kan vergemakkelijken.*

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel in het licht van bovenstaande dragend te motiveren en zo nodig aan te passen.

3. Toegang tot bewaarde telecommunicatiegegevens

Overeenkomstig het advies van de Afdeling advisering is in de memorie van toelichting nader ingegaan op de positie van de rechter-commissaris bij de toetsing van het bevel van de officier van justitie, met het oog op de afgifte van een machtiging. Aan de suggestie van de Afdeling advisering om, als alternatief voor het criterium van artikel 67, eerste lid, Sv, inspiratie te vinden in de categorieën van misdrijven die zijn opgenomen in bijlage II bij de zogenaamde PNR-richtlijn is geen gevolg gegeven. Deze lijst, die het resultaat is van een compromis tussen de lidstaten van de Europese Unie in het kader van de onderhandelingen over het verzamelen en bewaren van persoonsgegevens van passagiers van luchtvaartmaatschappijen, schiet te kort voor de uitoefening van de bevoegdheid van het vorderen van verkeersgegevens ten behoeve van de criminaliteitsbestrijding. Zo bevat de lijst bijvoorbeeld geen misdrijven die zijn gericht tegen het leven of de gezondheid van personen als moord, doodslag of ernstige vormen van openlijk geweld, zedenmisdrijven als ontucht en verkrachting, of misdrijven tegen de algemene veiligheid van personen als het stichten van brand. Ook in dergelijke gevallen kan het vorderen van verkeersgegevens aangewezen zijn. Hier komt nog bij dat de lijst een tamelijk globale aanduiding van misdrijven bevat die, zeker als alternatief voor het criterium van artikel 67 Sv, in de praktijk aanleiding kan geven tot onduidelijkheid over de afgrenzing van de bevoegdheid. Zo bevat de lijst strafbare feiten als fraude, milieumisdrijven en vervalsing van administratieve documenten. Dit betreft een verzamelbegrip voor strafbare feiten van een uiteenlopende ernst en zwaarte. Opneming van deze feiten als

[23] Zie artikel 2 en bijlage II van de Richtlijn van het Europees parlement en de Raad betreffende het gebruik van persoonsgegevens van passagiers (PNR) voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken en vervolgen van terroristische misdrijven en ernstige criminaliteit. Over de tekst van deze richtlijn bestaat politiek akkoord tussen de Raad van de Europese Unie en het Europees parlement. In dit advies wordt uitgegaan van de definitie van ernstige criminaliteit zoals opgenomen in artikel 2 en bijlage II van de EU PNR-richtlijn zoals goedgekeurd door de Commissie Burgerlijke Vrijheden, Justitie en Binnenlandse Zaken van het Europees parlement op 10 december 2015, zie: http://www.emeeting.europarl.europa.eu/committees/agenda/201512/LIBE/LIBE(2015)1210_1/sitt-1196218. Met deze richtlijn verplichten de EU-lidstaten luchtvaartmaatschappijen om passagiersgegevens – de informatie die passagiers aan luchtvaartmaatschappijen verstrekken wanneer zij een ticket reserveren en boeken en wanneer zij inchecken voor een vlucht – op te slaan en te verstrekken aan de bevoegde nationale autoriteiten met het oog op het voorkomen, opsporen, onderzoeken en vervolgen van terroristische misdrijven en ernstige criminaliteit.

[24] Kamerstukken II, 2014/15, 33 870, bijlage bij nr. 3.

[25] Toelichting, paragraaf 7; Reactie College van Procureurs Generaal op de consultatieversie van het wetsvoorstel, blz. 11/15,

grond voor het vorderen van verkeersgegevens zal aanleiding kunnen geven tot eenzelfde bezwaar als het delict fietsendiefstal, waaraan door de voorzieningenrechter werd gerefereerd. Overigens bevat de voorgestelde wettelijke regeling de nodige waarborgen voor een zorgvuldige toetsing van de toegang tot de bewaarde gegevens. Tot die waarborgen behoren criteria als een feit waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is en het belang van het onderzoek. Met dit wetsvoorstel wordt daaraan het vereiste van een voorafgaande toetsing door een rechter-commissaris toegevoegd. Met het criterium van de rechtvaardiging door de ernst van het misdrijf wordt tot uitdrukking gebracht dat de rechterlijke toetsing ook de ernst van het misdrijf in het concrete geval omvat.

4. Uitzondering voor professioneel verschoningsgerechtigden

De toelichting stelt dat bijzondere opsporingsbevoegdheden in beginsel niet kunnen worden ingezet jegens personen met een beroepsgeheim, zoals artsen, advocaten of notarissen. In het Wetboek van Strafvordering bestaat met het oog daarop een aantal artikelen waarvan «personen met bevoegdheid tot verschooning, als bedoeld bij artikel 218 Sv,» kunnen worden uitgezonderd.[26] Deze uitzondering bestaat thans niet voor de toegang tot opgeslagen telecommunicatiegegevens. Ook het wetsvoorstel voorziet niet in een dergelijke uitzonderingspositie voor personen met een beroepsgeheim. Omdat hiermee tegemoet zou kunnen worden gekomen aan een van de bezwaren van het Hof van Justitie,[27] adviseert de Afdeling om, overeenkomstig hetgeen daarover in de toelichting wordt vermeld, in het wetsvoorstel een uitzonderingspositie voor professioneel verschoningsgerechtigden op te nemen.

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel aan te passen.

4. Uitzondering voor professioneel verschoningsgerechtigden

Aan het advies van de Afdeling advisering is geen gevolg gegeven, omdat een wettelijke uitzonderingspositie van de professioneel verschoningsgerechtigden voor het vorderen van verkeersgegevens niet past in het wettelijk stelsel rond de bescherming van het verschoningsrecht. In het licht van de ratio en de reikwijdte van het verschoningsrecht, en mede gelet op de voorgestelde voorafgaande toetsing van de vordering van de officier van justitie door de rechter-commissaris, acht ik het aanvullend opnemen van een wettelijke uitzondering voor professioneel verschoningsgerechtigden bij het vorderen van verkeersgegevens minder wenselijk. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering is de memorie van toelichting aangepast.

5. Bewaartermijn telefonie via het internet

Uit de toelichting volgt dat onderscheid wordt gemaakt tussen telefonie door middel van een vast of mobiel netwerk en «bepaalde vormen van telefonie via het internet» met een bewaartermijn van twaalf maanden enerzijds en internettoegang en «andere vormen van telefonie via het internet» met een bewaartermijn van zes maanden anderzijds. De verkeersgegevens van telefonie via het internet die twaalf maanden moeten worden bewaard, moeten blijkens de toelichting aan de volgende criteria voldoen:

---

[26] Bijvoorbeeld artikel 96a, derde lid, onder b), artikel 98, eerste lid, artikel 125l, en artikel 539r, tweede lid, Sv.

[27] Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 8 april 2014 in de gevoegde zaken C-293/12 (Digital Rights Ireland tegen Ierland) en C-594/12 (Seitlinger, Tschohl e.a. tegen Kärntner Landesregierung), punt 58.

– *de voice over IP diensten (VoIP) maken gebruik van het reguliere E.164 nummerplan;*
– *de verkeersgegevens gegenereerd door betreffende VoIP platformen komen voor een groot deel overeen met verkeersgegevens gegenereerd door traditionele geschakelde telefooncentrales;*
– *de VoIP diensten worden gebruikt als alternatief voor reguliere circuit geschakelde dienst met gelijksoortige kwaliteitskaders.*[28]

Voor de verkeersgegevens van spraakdiensten die gebruik maken van internet maar die niet aan deze criteria voldoen, geldt de bewaartermijn van zes maanden.

De Afdeling merkt op dat dit onderscheid niet volgt uit voorgesteld artikel 13.2a, derde lid, van de Tw. Op grond van artikel 13.2a, derde lid, onder a) en de bij de Tw behorende bijlage, onder A, worden gegevens in verband met telefonie via internet in alle gevallen twaalf maanden bewaard. Nu uit de toelichting blijkt dat het niet in alle gevallen strikt noodzakelijk is om verkeersgegevens van telefonie via internet twaalf maanden te bewaren, is de Afdeling van oordeel dat voor die vormen van telefonie via internet waarvoor het niet strikt noodzakelijk is om de gegevens twaalf maanden te bewaren, uit het wetsvoorstel zelf moet blijken dat de bewaartermijn voor die categorie zes maanden is.

De Afdeling adviseert om het wetsvoorstel aan te passen.

5. Bewaartermijn telefonie via het internet

Aan het advies van de Afdeling advisering is gevolg gegeven. Het wetsvoorstel is aangepast, zodat uit het wetsvoorstel zelf blijkt dat de voor verkeersgegevens van spraakdiensten, die gebruik maken van internet maar die niet voldoen aan de criteria voor telefonie, een bewaartermijn van zes maanden geldt.

6. Vrij verkeer van diensten en notificatie

De voorgestelde bewaarplicht vormt een belemmering van het vrij verkeer van diensten.[29] *In de toelichting wordt niet in gegaan op de daarmee samenhangende Europeesrechtelijke aspecten. Daarbij stelt het wetsvoorstel regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij en is derhalve notificatie op grond van richtlijn (EU) 2015/1535*[30] *verplicht.*[31] *Uit de toelichting blijkt niet dat het wetsvoorstel is genotificeerd.*

De Afdeling adviseert om in de toelichting in te gaan op de betekenis van het vrij verkeer van diensten voor het wetsvoorstel en het wetsvoorstel te notificeren bij de Europese Commissie.

---

[28] Toelichting, Artikelsgewijs deel, Artikel I, onderdeel F.

[29] Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 17 juli 2014 over een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie, (W03.14.0161/II/Vo), Kamerstukken II, 2014/15, 33 542, bijlage bij nr. 16, blz. 7–8. Vergelijk ook overweging 6 van de preambule van richtlijn 2006/24/EG van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten en tot wijziging van richtlijn 2002/58/EG (dataretentierichtlijn).

[30] Richtlijn 2015/1535/EU van het Europees parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (codificatie van richtlijn 98/34/EG).

[31] Ook Duitsland heeft het wetsvoorstel voor de bewaarplicht genotificeerd bij de Europese Commissie, notificatienummer 2015/288/D.

6. Vrij verkeer van diensten en notificatie

Aan het advies van de Afdeling advisering is deels gevolg gegeven. In de memorie van toelichting is ingegaan op de betekenis van het vrij verkeer van diensten voor het wetsvoorstel. Daarbij is tevens ingegaan op de noodzaak tot notificatie op grond van richtlijn (EU)2015/1535.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Veiligheid en Justitie,
G.A. van der Steur